首次销售原则在我国图书馆传播与利用数字作品中的延伸性适用探讨

秦珂
新乡学院图书馆 新乡 453003

摘要:[**目的/意义**]探究首次销售原则适用对图书馆传播和利用数字作品的积极影响,提出立法建议。[**方法/过程**]解读首次销售原则的法理特征及其延伸适用于数字技术和网络环境的障碍,介绍理论研究与立法建议、司法实践取得的部分成果,分析我国司法解释对发行权适用于网络环境的规定,以及相关人民法院在审理与判决图书馆版权纠纷案件中对该问题的认识。[**结果/结论**]在我国法律制度中信息网络传播作品的行为包括发行行为,图书馆从事的基于网络传播的业务和服务活动受到发行权的掣肘。所以,将数字首次销售原则适用于图书馆具有立法的正当性,应从图书馆的类型和图书馆传播与利用数字作品的目的性质、服务对象、行为方式、作品范围等方面细化适用条件,并赋予这项原则强行法属性。

关键词:首次销售原则 图书馆 版权
分类号:D923.42
DOI:10.13266/j.issn.0252-3116.2018.16.002

chinaXiv:202308.00600v1

版权法领域的首次销售原则(the first sale doctrine,又称发行权穷竭原则、权利穷竭原则等),是指合法创作与生产的作品原件或者复制件经过合法渠道进入流通市场后,原权利人不得再干预该作品原件或者复制件的所有者对原件及复制件的进一步处置(如转赠、再销售、销毁等)。首次销售原则是一项重要的版权限制政策,对平衡权利人与公众之间的利益关系,保护社会整体利益起到了积极作用,而图书馆等公共文化机构从事的资源建设和开展的外借、阅览服务以及剔旧、赠与等业务同样得益于该原则的庇佑。自1909年美国《版权法》率先对首次销售原则立法以来,一些国家和地区的版权制度都对该原则的法律效力予以了肯定。数字技术的发展与网络的兴起,改变了作品创作和传播的方式,传统的建立在模拟传播技术基础上的首次销售原则能否适用于数字技术条件和网络环境就成为一个不可回避的法律焦点。对此问题,目前无论是学术观点,抑或立法建议与司法实践都存在较大差异,这对保障用户利益与图书馆履行职能起到了负面影响。美国图书馆协会(American Library Association,ALA)指出:首次销售原则限制损害了图书馆在查找、阅读、摘取、复制和印刷等方面出借与公平使用的习惯做法。因此必须强调,为图书馆着想,公平使用、保存和首次销售原则在数字条件与印刷世界具有同等的价值[1]。我国版权制度处于变革的重要时期,就首次销售原则向数字技术和网络环境的延伸性适用问题开展深入研究,既能为完善立法提供依据,又能为图书馆从事的数字信息服务创造必要的法律条件。

1 图书馆适用首次销售原则传播和利用传统作品的法理基础

1.1 传统作品传播中所有权的转移性分析

具体言之,首次销售原则限制的是版权中的发行权,发行权以作品原件或者复制件的所有权的转移为特征。或者说,首次销售原则是通过对作品原件或者复制件合法拥有者的所有权的保护来制约发行权的行使,达到利益平衡的目的。《世界知识产权组织版权条约》(World Intellectual property organization Copyright Treaty,WCT)第6条规定,作者应享有通过销售或其他所有权转让形式向公众提供作品原件和复制件的专有权。按照美国《版权法》第109条(a)款的规定,首次销售原则的受益者是作品原件或者复制件的"所有权人"。依据我国《著作权法》第10条第6款的规定,发

作者简介:秦珂(ORCID:0000-0002-4377-1185),研究馆员,E-mail:qinke12345@163.com。
收稿日期:2018-01-06 修回日期:2018-04-01 本文起止页码:15-21 本文责任编辑:徐健

ChinaXiv合作期刊

行权规范的是以“出售”或者“赠与”等方式向公众传播作品的权利。显然,“出售”和“赠与”都意味着作品原件或者复制件所有权的转移。因而,首次销售原则只适用于作品原件或者复制件的所有权转移的行为。比如,图书馆以购买、受赠等方式从原权利人、权利继承人或者合法出版商等被授权人处获取作品的原件、复制件后,就可以开展外借、阅览等服务和转赠、销毁、剔旧、封存等业务活动,而不受权利人享有的发行权的干扰。如果作品的原件或者复制件在传播的过程中没有发生所有权的转移,只是“许可使用”,那么就不适用首次销售原则。按照美国《版权法》第 109 条(d)款的规定,以租借或其他方式合法获得的作品原件与复制件,没有发生所有权转移,除非权利人授权,作品原件或者复制件的所有者不得依据首次销售原则行使权利。图书馆在展览本馆不享有所有权的作品时(如他人享有版权的在图书馆寄存的文献,或者临时交给图书馆展览的作品),除非与权利人有约定,图书馆只是从权利人手中获得了展览权的使用权(对于未发表作品,还包括了发表权),而不能以适用首次销售原则为理由,擅自外借或者售买、转赠参展作品。

1.2 传统作品传播的特定复制件分析

按照美国《版权法》第 109 条(a)款的规定,首次销售原则只适用于“特定复制件”。如果不是“特定复制件”,那么不能适用首次销售原则。美国《版权法》第 109 条(a)款用“合法制作”对“特定复制件”作了限定,应指按照法律规定合法出版的作品复制件。法律之所以如此规定,在于防止“非特定复制件”对正常市场秩序的干扰与冲击,避免使权利人或者被授权人承担不合理的“不利益或者过重的负担”,从而使其经济利益蒙受损失。比如,如果图书馆在未经权利人授权,或者在没有法律依据(如合理使用、法定许可、强制许可等)的前提下以印刷、翻拍、复制、拓印等方式对馆藏制作的复制件,就无法适用首次销售原则。在此情况下,权利人有权阻止图书馆对该复制件(非特定复制件)的外借、阅览、赠与等行为,可以要求图书馆封存、销毁该复制件,还可以通过法律途径主张诉求。此外,首次销售原则针对的权利对象是发行权,而非复制权以及改编权、翻译权等演绎权利。或者说,除非权利人授权或者法律明确规定,首次销售原则要求作品原件和复制件的所有权人不得对该原件或者复制件进行复制或者演绎。比如,出于公共利益和图书馆履行社会职能的考虑,大多数国家和地区的版权立法都赋予图书馆享有按照合理使用的规定复制馆藏作品的权利(如美国《版权法》第 108 条、我国《著作权法》第 22 条第 8 款等)。但是,如果图书馆超越法定条件与方式复制、提供馆藏作品,那么就侵犯了权利人享有的复制权,权利人的权利就不穷竭。在这种情况下,图书馆不能以首次销售原则作为抗辩和免责的理由。

1.3 传统作品传播载体的有形性分析

发行权针对的不是“作品”本身,而是作品的“原件或者复制件”。所谓作品的“原件”,是指首次“固定”作品的物质载体,而“复制件”则是指随后形成的“固定”作品的物质载体。因此,被发行权规制的对象应是作品的有形物质载体[2]。首次销售原则要解决的就是权利人享有的版权利益与承载版权的有形物质载体的所有者享有的物权之间的矛盾冲突。版权法的措辞、立法历史以及判例法都明确表明:只有当某一作品原件或者复制件的所有权人处置了对该原件或者复制件的有形占有(physical possession),才能适用首次销售原则[3]。《世界知识产权组织版权条约》第 6 条关于“发行权”的议定声明指出:作品的“原件和复制件”,专指可投放流通的固定的复制品。欧盟《信息社会版权指令》在序言部分规定:版权包括控制发行以有形物品呈现作品之专有权利。2013 年 3 月,美国纽约南区联邦法院在审理“Capitol. v. ReDigi 案”中指出,美国《版权法》第 109 条(a)款设置的首次销售原则只适用于“实体物的销售”[4]。传统作品以纸张、胶片等有形介质为传播载体,符合首次销售原则要求的“实体物”的条件。

2 图书馆适用首次销售原则传播和利用数字作品的法律障碍

2.1 数字作品传播中所有权的非转移性分析

在模拟技术条件下,作品的物质载体的所有权随着作品的传播可以发生流转,导致版权与物权的冲突,这是传统作品传播中适用首次销售原则的法理基础之一。如果数字作品以硬盘、光盘等物质为载体,由于在传播中同样可以发生物质载体所有权的转移,因此能够适用首次销售原则。但是,假若数字作品通过网络传播,那么能否适用首次销售原则就另当别论了。在网络环境中,作品的传播是通过光信号、电信号实现的,其结果并未导致作品物质载体的转移,即没有发生作品原件或者复制件所有权的变更。虽然在传播过程中能够形成复制件,但是该复制件并非权利人手中的“特定复制件”,而是在用户的计算机系统中生成了“新的复制件”,造成作品复制件数量的绝对增加。比

chinaXiv:202308.00360v1

如,在著名的"亚马逊删除电子书事件"中,用户与权利人争论的核心之一,就是"电子书的网络销售是否意味着其所有权的转让?"[5]。目前,对于网络传播由于不涉及作品原件或者复制件所有权转移而能否适用首次销售原则的问题,理论认识并不一致,立法几乎是空白,司法审判结果更是大相径庭,这种状况为权利人利用作品网络传播的技术物征,采取版权许可模式,规避首次销售原则,限制用户的权利提供了可能性。比如,在许可模式下,图书馆对数字作品的使用权限被萎缩,拥有的只是对数字作品的使用权,而不是所有权和永久保存权,随时可能因为财力不济而丧失信息服务能力。另外,在许可模式下,图书馆资源建设的费用预算会不断攀升,依靠联合购买模式降低经济压力的策略变得不再有效。

2.2 数字作品传播过程中的复制性分析

数字作品的传播过程是一种复制,不以载体的转移为必要,通过互联网技术、蓝牙技术、存储媒介、信息软件技术等,数字作品可以发生脱离于原载体的效果,并依附于新载体形成复制件[6]。比如,图书馆通过网络从权利人处得到数字作品时会在自己的系统中形成多个作品复制件,而这些复制件并非权利人所传播的"特定复制件",而是与"特定复制件"不同的两份或者多份复制件,不属于"特定复制件"所有权转移的情形,如果没有权利人授权或者法律的专门规定,图书馆对这些"新的复制件"的处置(包括下载、外借等)是无法适用首次销售原则的。既然网络传播数字作品会形成新的作品复制件,那么就必然涉及复制权的行使与例外问题。但是,首次销售原则并不对复制权进行限制,除法定情形和征得权利人许可外,图书馆对数字作品的复制就侵犯了权利人享有的复制权。在"Capitol. v. ReDigi 案"中,法院认为用户通过 ReDigi 网站传播数字作品的行为构成对作品的复制,而复制权不受首次销售原则的规制。在另一起案件中,法院同样指出,被告将网购的数字作品在 eBay 上传播,构成对复制权的侵犯[7]。美国曾在《国家信息基础设施》白皮书中认为,网络传播将使发行行为与复制行为并存,发行是被传播的复制,限制发行权无疑会限制复制权,具有不合理性[8]。目前,虽然已经出现了扩大解释发行权,以使首次销售原则适用于作品网络传播的案例,但是立法还没有取得实质性进展。

2.3 数字作品传播载体的无形性分析

民法上所有者对其拥有的合法有形物品的财产处分权是首次销售原则的理论基础,使得该有形物品的所有者的物权能够对抗附着在有形物品之上的版权。比如,图书馆从权利人处获得的是以光盘、磁盘、计算机盘片等介质存在的作品,由于具备有形物的特征,图书馆的外借服务等行为可以适用首次销售原则。但是,如果图书馆是通过网络从权利人处得到作品,那么情况则有所不同,因为作品的载体形式发生了很大的变化。一方面,如果图书馆获得具备有形物特征的数字作品之后,权利人手中的作品原件或者复制件就转移到图书馆,那么权利人失去对作品原件及复制件的控制权。但是,图书馆通过网络获得作品后,权利人实际上仍然可以继续保留作品的原件或者复制件(相关数据)。另一方面,权利人通过网络向图书馆传递的作品的载体是无形的,图书馆获得的不是"有形物"。从此角度认识,作品的网络传播同样无法适用首次销售原则。正如美国《国家信息基础设施》白皮书强调的:发行权在传统上是指转移作品的有形复制件占有利益的权利,虽然没有理由对于通过网络传输向公众散发作品和通过其他传统方式散发作品加以区别对待[2]。首次销售原则仅适用于有形载体的作品,而不能适用于网络环境,则使权利人能够控制图书馆后续的转售、借阅、赠与等行为,进而在图书馆对作品的每一次"再使用"中都可能获得经济回报,即便权利人已经在首次向图书馆销售作品时得到了合理的经济利益。显然,这对图书馆是不公平的。

3 关于建立适用于我国图书馆的数字首次销售原则的思考

3.1 制定适用于图书馆的数字首次销售原则的意义

1908 年在美国发生的"Bobbs Merrill Co. v. Straus 案"奠定了首次销售原则的法理基础,其核心思想被引入 1909 年美国《版权法》,成为一项重要的法律规范。目前,德国、日本、英国、俄罗斯等国家的法律以及《建立欧洲共同体条约》、欧盟《信息社会版权指令》等对首次销售原则都有规定。由于首次销售原则的立法涉及不同国家和地区的经济利益,所以无论是《与贸易有关的知识产权协议》(Trips 协议),还是《世界知识产权组织版权条约》等国际条约都将首次销售原则的立法权交由各成员自己行使。我国《著作权法》及其配套法规对首次销售原则没有明确规定。但是,通过对我国《著作权法》规定的发行权进行目的限缩解释,可以肯定发行权是受首次销售原则限制的[9]。有学者建议,应该借助我国《著作权法》第三次修改的契机,增加关于首次销售原则的条款[5]。

chinaXiv:202308.00500v1

ChinaXiv合作期刊

首次销售原则的确立和适用为图书馆通过引进、购买、交换、调拨、接受捐赠等多种途径建设馆藏资源，以及开展外借、阅览、参考咨询等服务活动提供了法律根据。国际图书馆协会（The International Federation of Library Associations and Institutions，IFLA）主张“在世界范围内实行首次销售原则”[10]。数字技术和网络传播的出现引发了关于首次销售原则适用性的争议，加之立法的缺失与司法实践的不确定性，使图书馆倍受版权问题的困惑。美国图书馆界认为，首次销售原则限制对图书馆开展的馆际互借、离线获取、藏品保存及对捐赠数字作品的使用等正常业务形成冲击，强烈要求立法创设“数字首次销售原则”（Digital First Sale Doctrine）[11]。

在我国图书馆领域建立数字首次销售原则，是技术创新和图书馆发展对法律变革提出的客观要求，是协调版权利益关系，满足用户服务需求，保护公众信息权利的必然选择。具体表现在：①可以使图书馆工作进一步摆脱版权的羁绊，有助于公共文化服务体系的建设与服务活动的开展；②有利于校正版权扩张的政策偏好，维系利益关系的平衡；③有利于促进数字作品的流转与价值的挖掘；④有利于保护图书馆对所拥有的数字资源的财产权；⑤有利于对新经济形态的支持，推动“二手”数字作品市场的发育和良好竞争机制的营造。建立数字首次销售原则，还有利于解决版权纠纷。比如，在“殷志强诉金陵图书馆著作权纠纷案”中[12]，原告认为被告图书馆从数据库中为用户打印资料的行为侵犯了其享有的发行权和获得报酬权。在该案中，虽然图书馆最终胜诉，但是法院在对案件的审理与判决时没有明确从发行权是否适用于数字技术的法理角度来回应原告的诉求。

chinaXiv:201808.00500v1

3.2 建立数字首次销售原则的具体建议

建立数字首次销售原则的前提条件，是要从法理上明确发行权在数字技术条件和网络环境的适用性。对此问题，理论研究、立法建议和司法实践都已经做了大量的探索与尝试。比如，就网络环境中复制件所有权的转移问题，有学者建议可以将“许可”视为“销售”作品的一种特殊形式[13]。在国外发生的“New York Times v. Tasini 案”“International Corp. v. UsedSoft GmbH 案”等案件的审理中，法院或者认为“网络传播构成发行”，或者认为“作品的原件或复制件既包括有形载体，也包含无形载体，数字作品属于首次销售原则的适用物”“数字作品通过网络下载存储到本地磁盘不构成对复制权的侵犯，属于‘必要复制’，具有合理性”[14]。目前达成的共识是：如果用户通过网络将作品下载到有形载体之后（如磁盘），没有再将其上载到网络传播，或者没有再制作新的有形载体的复制件，就可以适用首次销售原则。1995 年美国《国家信息基础设施》白皮书、2001 年美国版权局《关于 < 跨世纪数字版权法 > 第 104 条的报告》，以及欧盟法院审理的“International Corp. v. UsedSoft GmbH 案”都持这种观点。2005 年，美国第 109 届国会提出了 BALANCE 法案（H. R1066 号），建议将首次销售原则扩大适用到网络环境，由于各方意见分歧较大未获通过。2013 年，美国商务部在《数字经济下版权政策、创造力和创新》绿皮书中把首次销售原则适用于网络环境问题当成重要内容阐述，再次掀起了对该问题讨论的热潮。

图书馆是公共政策舞台上的有效代言人，职责是为人们提供信息和知识。既然版权法管理知识的所有权与发布权，那么版权政策就是图书馆必须关心的。图书馆界有责任带着增进知识谋取公众利益的使命感，同政策的制定者交流，促使政策和法律体制能够允许图书馆与社会最大限度地获取知识资源[15]。美国图书馆协会（ALA）认为：不应该对首次销售原则采取严格的形式主义的解释，并强调“消费者处分作品的权利不能被剥夺”[2]，还针对美国《版权法》第 109 条（a）款的修订提出建议：合法作品复制件的拥有者，可以不经权利人授权在线传播作品，但是应当在传播操作完成后删除该作品的复制件[16]。

2004 年 11 月，我国《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 11 条第 3 款规定，通过信息网络向公众传播他人作品视为《刑法》第 217 条规定的“复制发行”，而《刑法》第 217 条第 1 款、第 3 款分别规制的是模拟技术环境中对作品、音像制品的复制发行行为。2011 年 1 月，在《最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发 < 关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见 > 的通知》的第 12 条专门规定，“发行”包括信息网络传播。这些规定在我国法律框架内确认了网络传播具备的发行性质，表明信息网络传播作品的行为包含发行行为[9]。在“殷志强诉金陵图书馆著作权纠纷案”中，法院并没有直接排除发行权在网络环境的适用，只是认为图书馆的行为不构成对发行权的侵犯，暗含对发行权适用于网络环境的认同。所以，我国图书馆从事的基于网络传播的业务和服务活动具有受到发行权掣肘的可能性，这使数字首次销售原则有了适用的制度空间。

建议在我国《著作权法》中增加下列条款:“图书馆、档案馆、博物馆、纪念馆、美术馆等文化机构对本馆获得的合法出版的数字作品可以应用户的请求,不经权利人授权而进行网络传播,或者出于陈列、保存、替换馆藏之目的对本馆收藏的作品进行数字化复制,权利人不得以权利被侵犯为由主张法律救济。但是,图书馆、档案馆、博物馆、纪念馆、美术馆等文化机构对数字作品的网络传播与数字化复制行为必须在使用动因、目的性质、服务对象、行为方式、作品范围等方面符合法定条件。”既然数字首次销售原则构成对版权的限制,那么按照“限制 + 反限制”的平衡原理,就要为这项原则设置必要的适用条件。有学者认为,应依照用户移转、传播数字作品的不同方式、作品的不同类型等细化数字首次销售原则的适用规则[7]。笔者提出以下建议:

(1)使用动因。图书馆对作品的网络传播必须是应用户的请求,如果只是在图书馆馆舍的局域网络中传播作品,则无须用户请求,图书馆就可以主动提供推送服务。请求书既可以是书面形式,也可以是电子形式,请求书的格式和内容应符合法定规范(建议由国务院著作权行政管理部门制作标准的请求书样本)。图书馆对作品的数字化复制只限于陈列、保存、替换目的。

(2)适用主体。包括公益性图书馆和营利性图书馆(如企业图书馆、营利性学校图书馆、营利性医院图书馆、营利性科研图书馆等)。把营利性图书馆当成适格主体之一是为了吸引民间资本的介入,调动社会力量建设公共文化服务事业的积极性。

(3)目的性质。出于公益性目的,不得有任何商业性质。即便是营利性图书馆也必须以公益性为适用前提,不得有任何经济利益。

(4)服务对象。包括在本图书馆正式注册的用户和与本图书馆有正式馆际互借合作关系的用户。每种作品的并发用户数要符合法定要求(由法律或者司法解释规定)。

(5)行为方式。第一,适用于应用户请求的“点对点”的电子文献网络传递、在线馆际互借,供浏览使用。不适用于“点对面”的电子文献传递和在线馆际互借,除非只是在图书馆馆舍的局域网络中传播作品。第二,图书馆出于保存、陈列、替换目的对作品数字化复制的前提条件是作品已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃,或者存储格式已经过时,本规定同样适用于对传统作品的数字化复制。第三,用户不得对数字作品下载复制。

(6)作品范围。第一,除畅销文学作品、热播影视剧作品、计算机软件之外的作品类型,如果只是在图书馆馆舍内的局域网络传播不受作品类型限制。第二,只适用于中国权利人的作品,不适用于外国权利人的作品。第三,适用于已经合法出版的作品,不适用于盗版作品,不适用于未出版的作品。第四,对于“孤儿作品”,图书馆经“努力检索”或者经向国务院著作权行政管理部门申请备案后可以使用。第五,适用于本图书馆合法收藏的作品,不适用于其他图书馆收藏的作品。

目前,国际社会对数字版权制度的立法技术趋于多元化,以便更加精细地平衡利益关系。设计数字首次销售原则,还可以考虑吸纳下列制度的合理性:

(1)出版年限制度。规定只适用于合法出版一定年限后的数字作品。

(2)公告制度。图书馆通过法定方式公告拟使用的数字作品的信息,公告期满权利人未提出异议的,视为默许。公告期满后使用作品期间,权利人提出异议的,图书馆应立即停止使用。

(3)按比例使用制度。由法律规定图书馆向特定用户每一次网络传播作品的数量上限,或者每次网络传播某一部作品的比例。也可以按照作品的类型,规定单位时间内图书馆向特定用户传播的作品数量上限。

(4)商业检验制度。规定图书馆的网络传播行为只适用于在市场上脱销、绝版而无法购买,或者只能以明显高于标定的价格购买的作品。

(5)删除复制件制度。通过技术手段控制复制件数量的“绝对增加”,能够大大提高首次销售原则在数字技术和网络环境适用的合理性。图书馆可以在通过网络向用户传播作品的一定期限后采取技术措施删除用户终端中存储的复制件(这个期限由法律或者司法解释规定)。

(6)警示制度。要求从事网络传播服务的图书馆制定数字版权政策,告知用户应当遵循的作品使用规则,提醒用户注意可能存在的侵权风险和法律后果。

适用条件既要能起到利益平衡的效果,又要清晰明确,易于理解和掌握,过于复杂和粗略不仅会影响数字首次销售原则的可操作性与实际应用价值,而且会给图书馆加上一道“紧箍咒”,使图书馆难以厘清法律边界,无法预知使用数字作品可能带来的法律风险。

chinaXiv:202308.00500v1

ChinaXiv合作期刊

3.3 使数字首次销售原则具有强行法的属性

合同自由往往被人们视为一项根本性的权利[17]。但是,权利人往往将"合同"当成垄断版权的工具,以便攫取更大利润,而法律也可能为权利人的做法提供政策支撑。比如,美国国会在立法时就图书馆适用首次销售原则留下了一截"尾巴":一方面既规定图书馆可以出借合法获取的作品复本,另一方面又要求图书馆的出借行为符合与权利人之间达成的契约[11]。由此看出,美国《版权法》中的首次销售原则具有任意法属性,在此法律条件下,美国图书馆界希望将"首次销售原则优先适用于版权许可协议"[11]的要求既苍白乏力,又没有实际意义。

在数字技术条件和网络环境中,格式合同以其简捷、实用、缔约效率高,容易施加单边意志的特点受到权利人的青睐,成为一种"大众合同",被广泛应用于数字作品使用的授权活动,使用户的权益受到极大的限制和削弱。比如,德国一家电子书网站在协议中规定:用户购买的是一项不可转让的仅供自己使用电子书的权利,用户没有修改、复制、转让、转售、传播的权利[6]。合同模式动摇了首次销售原则的法理基础,抽掉和掩盖了这项原则存在的正当理由,使权利人与图书馆之间的关系变成纯粹的货币化。如果法律不能对合同的效力做出限制性规定,即便数字首次销售原则被法定化,也可能无法贯彻执行。

我国《合同法》对格式合同的效力有明确规定。有学者认为,如果权利人采用格式合同极大地限制用户转售、转租、转赠、再许可他人使用数字作品的权利,可以纳入排除对方主要权利的情形,使得格式条款无效[14]。但是,另有学者经过对《合同法》第 40 条、第 54 条的分析后认为,我国《合同法》对格式合同效力的专门规定难以否定排除权利限制的格式条款的效力,而且《著作权法》、《著作权法实施细则》也都没有就合同与权利限制的关系问题做出规定[18]。还有学者认为,首次销售原则适用造成的权利用尽产生的是一种民事权益,当事人应该可以自由地处置和放弃。也就是说,权利人与复制品的合法持有人之间可以通过合同来限制持有人对该复制品的流转[12]。要使图书馆真正从数字首次销售原则中受益,就必须在《著作权法》中规定"任何限制或者排除数字首次销售原则适用的合同不具有可执行力",使这项原则具备强行法的属性。

版权技术保护措施具有"全有或全无"的特征,除了能够抵御侵权行为之外,也可能被权利人用作规避数字首次销售原则适用的另一种工具,使图书馆享有的法定权利变成"纸上谈兵"。特别是"合同 + 技术"的模式,将为保护版权安全起到"双保险"的作用。如果图书馆未经权利人授权而擅自规避技术措施以便适用数字首次销售原则来传播和使用数字作品,那么就可能构成违法,甚至在诉讼中难以找到抗辩的理由。为了解决版权技术保护措施可能对数字首次销售原则的"锁定"问题,一方面应尊重权利人对作品安全性、完整性的关切,允许其对作品施以必要的技术保护措施。另一方面,又要明确规定,技术保护措施不得超过必要的限度,不能影响该原则的适用。

实践证明,在权利博弈日益激烈的社会变革时期,法律只有体现出相当的张力、弹性与适应性才能免于落伍,得到可持续发展。网络空间无法打破这一规律,网络行为规范无需打破这一规律[19]。随着对相关法理问题认识的深入,以及司法审判经验的积累和版权技术保护措施的完善,影响建立数字首次销售原则的法律障碍会逐步清除,推动其立法的正当性理由将更加充分。原英国图书馆协会法律和国会事务经理、国际图书馆协会版权顾问桑迪·诺尔曼指出,图书馆是一种需要特殊对待的情况。因为,图书馆的作用是防止由于经济原因而在公众获取知识方面造成的社会分层[20]。建议我国图书馆界呼吁进一步创新版权制度,赋予数字首次销售原则法律地位。虽然,立法的道路注定艰难曲折而漫长,但是要坚定信心,不懈努力。

参考文献:

[1] 美国图书馆研究协会. 数字环境下版权的穷竭和首次销售原则——图书馆协会在美国辩论中的立场[J]. 版权公报,2002(4):14-26.

[2] 王迁. 网络环境中的著作权保护研究[M]. 北京:法律出版社,2011:69.

[3] 马强,王燕. 论知识产权穷竭原则的正当性基础[J]. 知识产权,2011(1):55-57.

[4] 董凡. 网络环境下二手数字作品转售行为合法性分析[J]. 山西省政法管理干部学院学报,2015(3):55-59.

[5] 马晶,张小强. 数字作品首次销售原则的适用及版权人利益再平衡[J]. 科技与出版,2016(7):55-58.

[6] 陶乾. 电子书转售的合法性分析[J]. 法学杂志,2015(7):80-86.

[7] 唐艳. 数字化作品与首次销售原则[J]. 知识产权,2012(1):46-52.

[8] 王骏. 版权穷竭原则适用范围探析[J]. 中国出版,2010(10):72-74.

[9] 李晓秋,李家胜. 二手数字音乐作品转卖中的首次销售原则适用例外分析[J]. 重庆理工大学学报(社会科学),2014(4):72-76,133.

chinaXiv:201808.00060v1

[10] 徐轩,孙益武. 论国际图联关于图书馆版权限制与例外的立场及其启示[J]. 图书馆论坛,2014(12):36 -41,57.
[11] 翟建雄,邓茜. 电子图书与电子借阅权[J]. 法律文献与信息研究,2014(74):33 -45.
[12] 吴伟光. 著作权法研究——国际条约、中国立法与司法实践[M]. 北京:清华大学出版社,2013:400 -401.
[13] 魏玮. 论首次销售原则在数字版权作品转售中的适用[J]. 知识产权,2014(6):21 -28.
[14] 华劼. 数字网络环境下版权权利穷竭原则延伸性研究[J]. 江淮学刊,2017(1):209 -214.
[15] 王微. 著作权与图书馆:当前议题[EB/OL]. [2017 -12 -18]. http://Copyright. las. ac. an/.
[16] 黎晨. 数字传播时代版权法的首次销售原则[J]. 法制与社会,2011(11):293 -294.
[17] 杨红军. 版权许可制度论[M]. 北京:知识产权出版社,2013:126.
[18] 朱理. 著作权的边界[M]. 北京:北京大学出版社,2012:215 -217.
[19] 李德成. 网络服务商责任的哲学思考[J]. 科技与法律,2002(3):60 -67.
[20] 诺尔曼,何育红. 图书馆:需要特殊对待的角色[J]. 版权公报,1998(2):29 -34.

Discussion on the Application of the First Sale Doctrine in the Distribution and Utilization of Digital Works in Libraries in China

Qin Ke
Xinxiang University Library, Xinxiang 453003

Abstract: [**Purpose/significance**] This paper discussed the positive impact of the application of the first sale doctrine on distribution and utilization of digital works, and put forward legislative proposals. [**Method/process**] It analyzed the legal characteristics of the first sale doctrine and obstacles in the application of such doctrine to digital technology and network context, introduced theoretical study, legislation and judicial practice, and analyzed the application of distribution right to network context on the basis of China's judicial interpretation and library copyright cases. [**Result/conclusion**] In China's legal context, the behavior of communication through information network includes distribution. And when libraries' operations and services based on communication through information network are constrained by the distribution right, it is proper to legislate for the digital first sale doctrine. We should detail the application requirements in terms of the types of library, library's purpose, nature, object and behavior in spreading and utilizing digital works, and the scope of the works, and give such doctrine the attributes as that of peremptory norm.

Keywords: the first sale doctrine library copyright

chinaXiv:202308.00600v1

下 期 要 目

☐ 馆员视角下的图书馆组织氛围影响因素调研与分析 (周丽 包平)
☐ 均等化视角下中美社区图书馆阅读推广活动实践与启示 (陆和建 王真真)
☐ 面向专利技术主题分析的 WI - LDA 模型研究 (吴红 伊惠芳 马永新等)
☐ 国外个人数据保护官的概念、职责与能力素质 (宛玲)
☐ 公众科学平台:发展现状、服务实践与启示——以 Zooniverse 为例 (赵栋祥)
☐ ACRL 高校图书馆卓越奖创新服务发展趋势及其对我国图书馆的启示与建议 (杜婕 吴鸣)